

**Symposium "Multilateraler Erfahrungsaustausch
zur Reform der Zivilgesetzbücher in Mittel-, Süd- und Osteuropa
nach der politischen Systemänderung"**

Vortrag am Freitag, 30. November 2001, 16.15 Uhr:

Verfassungsrechtliche Aspekte einer Reform des Zivilrechts
in Budapest

A.

Ausgangslage:

Angesichts des Generalthemas für das Symposium halte ich es für nicht unangebracht, Ihnen einige Entwicklungslinien ausgewählter Bereiche des Zivilrechts in der Bundesrepublik Deutschland seit 1949 vorzustellen. Das erscheint mir auch unter dem Gesichtspunkt reizvoll, dass das Bürgerliche Gesetzbuch in Deutschland im letzten Jahr 100 Jahre alt geworden ist (Einzelheiten hierzu bei Hermann Lange, 100 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch, Reihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe Band 244, S. 41 ff.). Das Bürgerliche Gesetzbuch war, wie es Lange formuliert hat (a.a.O., S. 45) eine Frucht der Pandektenwissenschaft und ein spät geborenes Kind des klassischen Liberalismus zugleich. Pandektistisch war das Fünf-

Büchersystem mit seiner Kreuzeinteilung: Die Bücher 1 bis 3 gliedern nach juristischen Denkformen, 4 und 5 nach konkreten Lebensvorgängen. Pandektistisch waren das Begriffsinstrumentarium und die Rechtsfiguren, die ihre Herkunft aus dem römischen Recht nur sprachlich verhüllten. Ein spät geborenes Kind des klassischen Liberalismus war das Bürgerliche Gesetzbuch durch die fast unbeschränkte Vertrags- und Verfügungsfreiheit, obwohl gerade die Bevölkerungsschicht, die diese Freiheit in vollen Zügen genießen konnte, zahlenmäßig gering war. Das Familienrecht hingegen war eher christlich-konservativ. Die Scheidungsgründe bauten auf dem Schuldprinzip auf.

Die Entwicklung des Zivilrechts in Deutschland seit 1949 - Gründung der Bundesrepublik Deutschland und Inkrafttreten des Grundgesetzes - spiegelt nicht nur den sozialen und wirtschaftlichen Wandel wieder, sondern ist ganz maßgeblich auch von dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beeinflusst.

Als "Sternstunde" des Einflusses von Verfassungsrecht auf das Zivilrecht sehe ich das Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Januar 1958 - (1 BvR 400/51 - Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198). Es kennzeichnet die Grundrechte zwar in erster Linie als Abwehrrechte des

Bürgers gegen den Staat. Zugleich verkörpere sich aber in ihnen auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt (Ls 1). Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Zivilrecht wird dahin gekennzeichnet, dass sich die Grundrechte mittelbar im bürgerlichen Recht über die privatrechtlichen Vorschriften entfalten. Ihr Rechtsgehalt ergreife vor allem Bestimmungen zwingenden Charakters und sei für den Richter besonders durch die Generalklauseln realisierbar (Ls 2). Damit war eine Wendung und Abkehr von früher bestehenden Beeinflussungen des Privatrechts auf das Verfassungsrecht vollzogen, wie es unter Geltung der Reichsverfassung von 1871 noch möglich war (hierzu etwa Konrad Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, Reihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Band 182, 1988, S. 12), so aber schon nicht mehr zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung galt (Hesse, a.a.O., S. 16). Gleichwohl muss darauf hingewiesen werden, dass in der Weimarer Reichsverfassung gegenüber dem Grundgesetz mehr an Gewährleistungen geregelt war, so etwa die Vertragsfreiheit im Wirtschaftsverkehr nach Maßgabe der Gesetze (Art. 152 Abs. 1 WRV) oder die Geltung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung ausdrücklich auch im Arbeits- und Anstellungsverhältnis (Art. 118 Abs. 1 Satz 2 WRV). Allerdings standen diese Gewährleistungen weitgehend unter einfachem Gesetzesvorbehalt; einige von ihnen wurden nicht als aktuell verbindlich, sondern als

Programmsätze angesehen, die für den Fall einer gesetzlichen Regelung der Materie maßgebend sein sollten (Nachweise bei Hesse, a.a.O., S. 17).

Die Notwendigkeit, das Zivilrecht an das Grundgesetz anzupassen, folgt aus Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG. Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Art. 1 nachfolgenden Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht und gemäß Art. 20 Abs. 3 ist die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden.

Es würde den Rahmen dieses Vortrags und die zur Verfügung stehende Zeit sprengen, wenn ich Ihnen alle bedeutenden Änderungen des Zivilrechts in Deutschland nach 1949 unter Einfluss des Verfassungsrechts vorstellen würde. Ich darf deshalb auf einschlägige weiterführende Literatur verweisen, so neben den schon zitierten Veröffentlichungen von Lange und Hesse auf 40 Jahre Grundgesetz, der Einfluss des Verfassungsrechts auf die Entwicklung der Rechtsordnung (Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 50, Heidelberg 1990). Ich möchte mich nachfolgend auf folgende Bereiche beschränken:

I. Verfassungsrecht oder die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts führen zu gesetzgeberischen Reformen

1. Auftrag des Grundgesetzes unmittelbar an den Gesetzgeber;
2. Gesetzesreformen nach Nichtigerklärung von Gesetzesbestimmungen durch das Bundesverfassungsgericht;

II. Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz als Grund für die Reform des Zivilrechts durch Gesetzgebung und Rechtsprechung

III. Verfassungsrecht führt zur Reform des Zivilrechts allein durch Änderung der Rechtsprechung oder auch richterliche Rechtsfortbildung

1. Fortentwicklung schon durch die Rechtsprechung der Fachgerichte;
2. Fortentwicklung auf Grund von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

IV. Verfassungsrechtliche Aspekte der - nicht nur verfassungsrechtlich bedingten - Reform des Zivilrechts durch richterliche Rechtsfortbildung

1. Umfang der richterlichen Rechtsfortbildung allein zum BGB;
2. Verfassungsrechtliche Probleme: Materielle Gerechtigkeit einerseits, Gewaltenteilung, Rechtsklarheit und Vorhersehbarkeit andererseits;
3. im Besonderen: Gefahren einer zu starken Betonung der Grundrechte im Zivilrecht

B.I. Verfassungsrecht oder Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts führen zu gesetzgeberischen Reformen

1. Mit dem Grundgesetz war am 23. Mai 1949 (hierzu Art. 145 Abs. 2 GG) auch Art. 3 Abs. 2 in Kraft getreten, der seinerzeit nur aus einem Satz bestand: Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Die Mütter und Väter des Grundgesetzes hatten allerdings gesehen, dass eine sofortige Umsetzung der Gleichberechtigung schon rechtstechnisch nicht möglich sein konnte, weil in Deutschland die Frauen vor allem im Familien- und Erbrecht nicht sehr wohl wollend behandelt wurden. Der Mann nahm durchweg eine Vorrangstellung ein und im Erbrecht sogar noch die ehelichen Abkömmlin-

ge. Eine Übergangsregelung war deshalb unumgänglich. Sie wurde in Art. 117 Abs. 1 GG geschaffen. Hiernach blieb das dem Art. 3 Abs. 2 GG entgegenstehende Recht bis zu seiner Anpassung an diese Bestimmung des Grundgesetzes in Kraft, jedoch nicht länger als bis zum 31. März 1953. Der Gesetzgeber - gefordert war hier vor allem der Bundesgesetzgeber - zeigte sich von dieser Anordnung des Grundgesetzes wenig beeindruckt. Er schuf ein Gleichberechtigungsgesetz erst am 18. Juni 1957 (BGBl I S. 609), sonach reichlich verspätet. Trotz der langen und verspäteten Behandlung des Verfassungsauftrags war es keineswegs so, dass man das Gleichberechtigungsgesetz mit dem Prädikat "was lange währt, wird endlich gut" hätte versehen können. In den Köpfen derer, die das Gleichberechtigungsgesetz erarbeiteten und verabschiedeten, war noch zu viel unreflektiertes männliches Gedankengut, das die Sicht für das verfassungsrechtlich Gebotene verstellte. Rückschauend wundern wir uns, dass sich Relikte männlicher Vorherrschaft z. B. im väterlichen Stichentscheid (bei Nichteinigung der Eltern, hierzu BVerfGE 10, 59) und bezüglich des Rechts des Ehenamens (Name des Mannes - hierzu BVerfGE 48, 327; 84, 9) noch ihres Daseins erfreuen durften.

Ein Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts war unumgänglich. Gegen den väterlichen Stichentscheid schritt es auf Vorlage eines Zivilgerichts

und auf Verfassungsbeschwerden von betroffenen Ehefrauen und Müttern schon im Jahre 1959 ein (BVerfGE 10, 59). Demgegenüber dauerte es bezüglich des Namensrechts deutlich länger. Das insoweit einschlägige Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (ERG) datiert vom 14. Juni 1976 (BGBl I S. 1421). Eine Korrektur bezüglich der rückwirkenden Namenswahl zu Gunsten des Frauennamens war nicht möglich und wurde deshalb vom Bundesverfassungsgericht korrigiert (BVerfGE 48, 327). Im Jahre 1991 wurde eine weitere Korrektur in dieser Richtung vorgenommen, weil der Mannesname von Gesetzes wegen Ehefrau werden sollte, wenn die Ehegatten keinen ihrer Geburtsnamen zum Ehenamen bestimmt haben (§ 1355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. - BVerfGE 84, 9).

Ein weiterer gesetzlicher Bereich, der in diesem Zusammenhang zu erwähnen ist, betrifft die nichtehelichen Kinder. Diesen waren nach Art. 6 Abs. 5 GG durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern. Dieser Auftrag, für den das Grundgesetz keine Frist zur Erfüllung vorgesehen hatte, berührte den Gesetzgeber über Jahrzehnte nicht. Erstaunlicherweise wurde auch das Bundesverfassungsgericht nahezu 20 Jahre nicht angerufen. Erst in einer Entscheidung auf Verfassungsbeschwerde aus dem Jahre 1966 kam es zum Beschluss

vom 29. Januar 1969 (BVerfGE 25, 167). Das Bundesverfassungsgericht sah sich veranlasst, nunmehr eine Frist für die Gleichstellung der nichtehelichen Kinder zu setzen und bestimmte diese bis zum Ende der laufenden - damals fünften - Legislaturperiode. Das war denkbar knapp; denn diese endete noch im Jahre 1969. Der Vorgang ist zudem unter dem Gesichtspunkt erstaunlich, dass schon Art. 121 WRV eine Gleichstellung der nichtehelichen mit den ehelichen Kindern angeordnet hatte.

Die auch hier zutage getretene fehlende Sensibilität zeigt, dass es mit Verfassungsaufträgen an die Gesetzgebung (oder auch an Gerichte und Behörden) nicht getan ist. Entscheidend ist, ob es gelingt, in den zum Handeln aufgerufenen Frauen und Männern (genauer in deren Köpfen) eine aufgeschlossene Haltung gegenüber den eingetretenen rechtlichen Rahmenbedingungen, die nicht notwendig verfassungsrechtlich begründet sein müssen, zu wecken. Letztlich können solche Vorhaben nur zustande kommen und ihre von der Verfassung beabsichtigte Wirkung in der Bevölkerung erzielen, wenn sich die zu Grunde liegenden sozialen Verhältnisse gewandelt haben, wenn veränderte Wertmaßstäbe verinnerlicht und akzeptiert werden.

2. Gesetzesreformen nach Nichtigerklärung von Gesetzesbestimmungen durch das Bundesverfassungsgericht

a) Nach § 1671 Abs. 4 Satz 1 BGB war in der alten Fassung ein gemeinsames Sorgerecht geschiedener Ehegatten für ihre Kinder selbst dann ausgeschlossen, wenn sie willens und geeignet waren, die Elternverantwortung zum Wohle des Kindes weiterhin zusammen zu tragen. Wenn ich Ihnen diese Bestimmung hier so referiere, drängt sich unwillkürlich die Frage auf, was kann - unabhängig von der Verfassungsrechtslage - einen Gesetzgeber veranlassen, eine solche Regelung zu treffen. Kinder leiden - das ist Allgemeingut und bedarf keiner näheren Erläuterung - nahe liegend immer unter einer Ehescheidung ihrer Eltern. Wenn diese dann "glimpflich" dergestalt verläuft, dass nicht die Kinder letztlich das Scheitern der Ehe noch nachhaltiger durch den Streit der Eltern über das Sorgerecht erfahren müssen, ist es unverständlich, dass immerhin im Jahre 1979 und damit 30 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes eine solche Bestimmung durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. Juli 1979 (BGBl I S. 1061) in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden ist. Das Bundesverfassungsgericht hat auf Vorlagen von Amtsgerichten diese Vorschrift wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG für nichtig erklärt. Diese Verfassungsbestimmung lautet, dass Pflege und Erziehung der

Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht sind. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft. An und für sich ist diese Vorschrift eindeutig und die staatliche Gemeinschaft nur dann gefordert, wenn das Kindeswohl beeinträchtigt ist. Auch hier sehen wir eine Beharrung in alten und verkrusteten Vorstellungen und finden damit eine Bestätigung meiner These, dass die Verfassung und gesetzliche Regelungen allein nicht ausreichen, grundlegende Änderungen im Bewusstsein der Menschen und deren Verhalten herbeizuführen. Es kommt darauf an, dass sich gleichsam "von unten" ein entsprechendes Bewusstsein und die damit verbundene gefühlsmäßige Einstellung der Menschen zu den Gesetzen und zu der Verfassung bilden und stetig wachsen.

b) Ein weiterer Bereich, der selbstverständlich für eine Volkswirtschaft und eine Gesellschaft von großer Bedeutung für ihre Substanz und gleichsam ihr Wohlbefinden ist, wird durch das Arbeitsrecht gestaltet. Hier finden wir in Deutschland traditionell eine Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten. Diese unterschiedliche Behandlung war im Bürgerlichen Gesetzbuch im Recht des Dienstvertrages nach §§ 611 ff. BGB deutlich ausgeprägt, so bei den Kündigungsfristen, aber auch bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Auch insoweit ist es erstaunlich, welches Beharrungsvermögen tradierte Vorstellungen und Verhaltensmuster aus dem vorigen

Jahrhundert sich halten konnten. Das Bundesverfassungsgericht hat im Jahre 1982 auf Vorlage eines Arbeitsgerichts - sonach der ersten Instanz, was ein Zeichen der Leistungsfähigkeit und der hohen Qualifikation der Fachgerichtsbarkeiten in Deutschland schon in der Eingangsinstanz ist - § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB für mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt, soweit bei der Berechnung der für die verlängerten Kündigungsfristen maßgebenden Beschäftigungsdauer eines Arbeiters Zeiten nicht zu berücksichtigen waren, die vor Vollendung des 35. Lebensjahres lagen, während bei einem Angestellten bereits Zeiten nach Vollendung des 25. Lebensjahres mitgerechnet wurden (BVerfGE 62, 256). In einer späteren Entscheidung aus dem Jahre 1990 hat das Bundesverfassungsgericht erneut auf Vorlagen von Arbeitsgerichten § 622 Abs. 2 BGB für mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt, soweit hier nach die Kündigungsfristen für Arbeiter kürzer als für Angestellte waren (BVerfGE 82, 126).

c) Allerdings ist der Verfassungsrechtspraxis in Deutschland auch nicht die Konstellation fremd, dass eine groß angelegte Gesetzesreform der verfassungsrechtlichen Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht zugeführt und deren Verfassungsmäßigkeit - selbst bei heftigsten Angriffen ihrer Gegner - vollen Umfangs bestätigt wird. Hierfür kann ich das Gesetz über

die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz) vom 4. Mai 1976 (BGBl I S. 1153) anführen. Die hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerden wurden vom Bundesverfassungsgericht nach immerhin viertägiger mündlicher Verhandlung im Jahre 1978 mit Urteil vom 1. März 1979 zurückgewiesen und die angegriffenen Bestimmungen in § 7 und § 31 dieses Gesetzes für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt (BVerfGE 50, 290).

Es bleibt abzuwarten, ob ein groß angelegtes Reformgesetz aus jüngster Zeit, das Lebenspartnerschaftsgesetz, ebenfalls für mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vereinbar erklärt wird.

Betrachtet man die zuvor vorgestellten Regelungsbereiche und die ihnen zu Grunde liegenden Lebenssachverhalte aus einer gewissen Distanz, können wir Gemeinsamkeiten feststellen. Es handelt sich um solche, die für den einzelnen Menschen, der hieran teil hat, und für die Gesellschaft und deren Kraft und Substanz ganz wesentlich sind und um letztlich staatsprägende Elemente. Geraten die Familien und geraten sonstige Lebensformen wie auch die Arbeitsverhältnisse "aus den Fugen" - was nicht gleich bedeutend ist mit der Lösung oder dem Scheitern eines konkreten familien- oder arbeitsrechtlichen Verhältnisses -, ist die sachgerechte, angemessene und friedensstiftende Abwicklung entscheidend. Wenn diese nicht gewähr-

leistet ist, gerät die solide Grundlage eines jeden Staatswesens und seiner Gesamtgesellschaft in Gefahr.

II. Ein Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsrecht und Zivilrecht begegnet uns bezüglich etwa der Vertragsfreiheit und bezüglich des Schutzes des Verbrauchers. Zur Regelung des hier auftretenden Interessenkonflikts sind sowohl Gesetzgeber als auch Rechtsprechung umfassend tätig geworden. Bevor ich hierzu - vor allem unter dem Punkt richterliche Rechtsfortbildung - Beispiele nenne, möchte ich die Ausgangslage skizzieren, auf der die Reform des Zivilrechts in diesem Bereich beruht, und auf Probleme hinweisen, die gesetzgeberische Reformen mit sich bringen können. Immer wieder - darauf habe ich schon hingewiesen - müssen wir uns im Zivilrecht von der Vorstellung verabschieden, die allerdings prägend für viele Bereiche des Zivilrechts ist, dass die dort auftretenden Handelnden gleichberechtigt und mit der gleichen wirtschaftlichen Macht versehen auftreten können. Das gilt außerhalb des Familien- und Erbrechts etwa im Sachenrecht, ganz besonders aber im Schuldrecht. Dieses kennt im Bürgerlichen Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland mancherlei geregelte Vertragstypen, ebenso aber auch ungeregelte. Es herrscht im Prinzip Vertragsfreiheit (§ 305 BGB). Für diesen Problemzusammenhang ist vorab der Hinweis erforderlich, dass es auch im Recht der besonders geregelten Schuld-

verträge Fragen gibt, die verfassungsrechtlich völlig irrelevant sind. Ich darf Ihnen das anhand eines praktischen Falles erläutern, der vor etwa einem halben Jahr in meinem Dezernat anhängig geworden ist. Es ging darum, dass jemand einen Gartenbaubetrieb beauftragt hatte, Rasen um sein Haus einzusäen. Aus der Sicht des Auftraggebers schlug das Unternehmen fehl, weil der Rasen ausgesprochen "mickrig" gewesen sei. Auf Grund schuldvertraglicher Besonderheiten (Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht) blieb der Auftraggeber in den Gerichtsinstanzen der Zivilgerichte erfolglos. Er wollte nunmehr vom Bundesverfassungsgericht eine Grundsatzentscheidung dahingehend erwirken, wann bei Vergabe eines Auftrags dieser Art - wohlgemerkt: Einsäen eines Rasens - ein Fehler - rechtlich in Deutschland ein Mangel - zu bejahen sei. Es leuchtet ohne großen dogmatischen oder sonstigen Argumentationsaufwand ein, dass es sich hierbei von vornherein um keine verfassungsrechtliche Frage handeln kann. Sie ist allein anhand des erteilten Auftrags und dessen, was Vertragsinhalt geworden ist, in rechtsstaatlich einwandfreier Weise zu beantworten. Irgendwelche Grundrechtsbereiche sind nicht berührt oder auch nur entfernt angesprochen.

Andererseits wird zu Recht in Deutschland auf Grund des Sozialstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 1 GG und der allgemeinen Handlungsfreiheit, die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet ist, eine Einschränkung der Vertragsfreiheit

angenommen. Die Vertragsfreiheit, die als Modell dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu Grunde liegt, geht von tatsächlich und wirtschaftlich gleich starken und auch - ein ganz wichtiger Gesichtspunkt - von gleich rücksichtsvollen oder gleich rücksichtslosen späteren Vertragsparteien aus, wie sie im Rechtsalltag möglicherweise in der klassischen römischen Zeit am Rechtsleben teilgenommen haben, so aber nicht erst heute, sondern seit geraumer Zeit nicht mehr in toto festgestellt werden können. Es zeigt sich hieran etwa, dass überkommene Rechtsinstitute und allgemein anerkannte Rechtsregeln so nicht mehr aufrechterhalten werden können, weil sich nicht nur die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen oder aber die Rahmenbedingungen im Weltmaßstab (Stichwort: Globalisierung) geändert hätten. Die Ursachen sind viel schlichter: Im klassischen römischen Recht wurde eben das Recht durch ungeschriebene - aber ohne Einschränkung anerkannte und nahezu geschlossen gelebte Grundsätze - flankiert: *Honeste vivere, neminem laedere, sumcuique tribuere*.

Unser Rechtsleben in Deutschland leidet seit geraumer Zeit - allerdings mit wenigen Ausnahmen etwa in besonderen Kaufmannsbereichen in Hamburg und anderwärts - daran, dass es nicht mehr als unanständig gilt, Verträge entgegen ihrem bei Abschluss zu Grunde gelegten Sinn und Zweck und den erkennbar wechselseitig eingegangenen Verpflichtungen "auszureizen", um den Vertragspartner zu übervorteilen. Übersehen wird

insoweit, dass die Zunahme an schriftlichen Vereinbarungen, rechtlichen Absicherungen allgemein bis hin zu Vertragsstrafen und dergleichen mehr ein Zeichen dafür ist, dass der Bereich, in dem solche Usancen herrschen, sich nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich und vor allem auch ethisch im Niedergang befindet.

Von daher gesehen ist es eine zwangsläufige und wünschenswerte Entwicklung, wenn in Deutschland in vielerlei Rechtsbereichen die Vertragsfreiheit zurückgedrängt und die Inhaltskontrolle von geschlossenen Verträgen durch die Gerichte ausgedehnt und "Riegel" gegen die Ausnutzung einer wirtschaftlich starken Position vorgeschoben werden. Als Stichworte mögen in diesem Zusammenhang genügen: "Ewigkeitsverträge" wie vormals Bierbezugsverträge, Tankstellenverträge und zuletzt in meiner Praxis auch am Bundesgerichtshof langdauernde Wäschereiverträge mit Kliniken. Man kann allerdings auch anführen die Vertragshändler von Automobilherstellern, nicht wenige Franchise-Verträge und letztlich die Scheinselbständigkeit.

Auch wenn ich dem Gemeinschaftsrecht in mancherlei Hinsicht kritisch gegenüberstehe, muss man fairer Weise anerkennen und diesem Gemeinschaftsrecht zugestehen, dass es außerhalb von verfassungsrechtlichen

Anforderungen wie in Deutschland wirtschaftlich schwächere Teile gestärkt hat. So gehen zum Teil in Deutschland auf gemeinschaftsrechtliche Vorgaben das Verbraucherkreditgesetz, das Teilzeit-Wohnrechtgesetz, das neue Reisevertragsrecht und das Produkthaftungsgesetz zurück. Ich verkenne nicht, dass es für viele Länder, die bisher außerhalb der europäischen Gemeinschaften stehen, aber die Mitgliedschaft anstreben, zum Problem werden kann, wenn die Rechtsordnung im Innern noch nicht als so gefestigt betrachtet werden kann, dass sie vom weit überwiegenden Teil der Bevölkerung auch innerlich angenommen und bejaht wird. Es ist dann durchaus nicht unproblematisch, wenn eine solche Rechtsordnung in vielen Bereichen an übernationale Vorgaben angepasst oder von vornherein so geschaffen werden muss. Es wäre eine Fiktion anzunehmen, dass das Vorverständnis der Bevölkerung in allen den europäischen Gemeinschaften schon angehörenden und der Bevölkerung in den beitrittswilligen Staaten sich auch nur annähernd deckten. Auch ohne nähere Erhebungen kann eine solche Annahme schon deshalb ausgeschlossen werden, weil angesichts der historischen Entwicklung, vor allem der kulturellen und in Anbetracht der Verwerfungen in Europa durch den Ersten und Zweiten Weltkrieg ganz unterschiedlichen politischen und nationalen Erfahrung ein Prozess solcher Dynamik nicht ohne größere Verwerfungen ablaufen kann.

Vor diesem Hintergrund darf man ein grundsätzliches Problem nicht gering schätzen: Das Recht hat viele Funktionen. Das Zivilrecht im Besonderen ist das Rechtsgebiet, von dem quantitativ die Bevölkerung eines Staates am meisten betroffen ist. Gegensatz etwa: Strafrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht, gegebenenfalls auch Steuerrecht. Wenn es nicht gelingt, in einem Reifeprozess die innere Einstellung der Menschen zu ihrer Rechtsordnung insgesamt, aber bezüglich unseres Themas zu der Zivilrechtsordnung, in Einklang zu bringen, muss ein solches Vorhaben von vornherein scheitern; denn eine Rechtsordnung muss gelebt und darf nicht übergestülpt werden. Das verkennen viele der Handelnden in Brüssel und anderwärts, die mit einer völlig unverständlichen Dynamik den "Einigungsprozess" in Europa vorantreiben.

III. Es gibt aber auch Konstellationen, bei denen Verfassungsrecht zur Reform des Zivilrechts allein durch Änderung der Rechtsprechung oder durch richterliche Rechtsfortbildung führt. Die Voraussetzungen hierfür hat vor allem das Lüth-Urteil, das sich schon eingangs als "Sternstunde" bezeichnet habe, geschaffen (BVerfGE 7, 198). Es geht hierbei vor allem um die Drittwirkung von Grundrechten über Generalklauseln, in zweiter Linie aber, und diese berührt sich mit den vorstehenden Überlegungen, über die objektive Wertordnung, die die Grundrechte schaffen. Das Grundgesetz der

Bundesrepublik Deutschland hat nicht das Individuum als krassen Egoisten und rücksichtslosen Durchsetzer allein seiner Interessen im Auge, sondern das gemeinschaftsgebundene Individuum, das auch Sozialverantwortung tragen muss.

1. Im Bereich der Rechtsprechung sind zunächst die Fachgerichte aufgerufen, den Grundrechten und der durch diese geschaffenen objektiven Wertordnung Geltung zu verschaffen. Dies ist in einer Vielzahl von Fällen geschehen, von denen ich nur einige ausgewählte darstellen möchte.

a) Wir können im Schadensersatzrecht die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts als absolutes Recht im Sinne des § 823 BGB feststellen und im Gefolge dessen den Ersatz des immateriellen Schadens. Die Zivilrechtsprechung setzte insoweit schon Anfang der 50er-Jahre und sonach nur kurze Zeit nach Inkrafttreten des Grundgesetzes ein. Die erste Grundsatzentscheidung in diesem Zusammenhang traf der Bundesgerichtshof schon am 25. Mai 1954 (I ZR 211/53 - BGHZ 13, 334 - Veröffentlichung von Briefen). Er befand seinerzeit und damit überaus bemerkenswert, dass Briefe oder sonstige private Aufzeichnungen in der Regel nicht ohne Zustimmung des noch lebenden Verfassers und nur in der vom Verfasser gebilligten Weise veröffentlicht werden dürfen. Das folgt aus dem in Art. 1 und 2 GG verankerten Schutz der Persönlichkeit und gilt daher auch

dann, wenn die Aufzeichnungen nicht die individuelle Formprägung aufweisen, die für einen Urheberrechtsschutz erforderlich ist.

Ein "Meilenstein" in dieser Entwicklung ist der so genannte Herrenreiter-Fall. Er wurde vom Bundesgerichtshof am 14. Februar 1958 entschieden (I ZR 151/56, BGHZ 26, 349). Es ging darum, dass der Betroffene und Kläger eine namhafte Persönlichkeit und dementsprechend in der Öffentlichkeit bekannt war. Die Beklagte des Ausgangsrechtsstreits war Herstellerin eines pharmazeutischen Präparats, das nach der Vorstellung weiter Bevölkerungskreise auch der Hebung der sexuellen Potenz diene. Sie hat unter anderem zur Hebung des Absatzes ein Plakat mit der Abbildung eines Turnierreiters verbreitet und diesem ein Originalfoto des damaligen Klägers zu Grunde gelegt. Dieser begehrte daraufhin einen vom Gericht festzusetzenden angemessenen Geldbetrag als Schadensersatz. Diesem an und für sich verständlichen Anliegen stand § 847 Abs. 1 BGB entgegen. Er sieht Schmerzensgeld nur im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung auch für den Schaden vor, der nicht Vermögensschaden ist. Im Hinblick auf diese gesetzliche Regelung war das Begehren des Betroffenen und Klägers des Ausgangsrechtsstreits von vornherein unbegründet. Schon Landgericht und Oberlandesgericht hatten sich als Vorinstanzen des Bundesgerichtshofes zu einer ent-

sprechenden Anwendung des § 847 BGB durchgerungen und einen Geldbetrag als Schadensersatz zuerkannt. Der Bundesgerichtshof hat diese Auffassung unter Hinweis auf Art. 1 und 2 GG bestätigt. Er sah zu Recht hierin das Recht zur freien Selbstbestimmung der Persönlichkeit als einen Grundwert der Rechtsordnung anerkannt. Diese Rechtsprechung wurde bestätigt in dem so genannten Ginsengwurzel Fall (BGHZ 35, 363). Niemand muss gegen seinen Willen im Zusammenhang mit Werbung für ein Stärkemittel herhalten. In diesem Fall war das Vorgehen der Beklagten deshalb besonders infam, weil sie schon vom Betroffenen verwarnt worden war.

Es gilt für diesen vorgestellten Rechtsprechungskomplex zweierlei festzuhalten: Die Fortentwicklung des § 823 Abs. 1 BGB über das Recht der unerlaubten Handlungen und die hierdurch geschützten Rechtsgüter durch Bejahung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen in Art. 1 und 2 GG ist die eine Seite; denn zunächst einmal rührt von daher ein Unterlassungsanspruch entsprechend § 1004 Abs. 1 BGB. Davon zu unterscheiden ist die weitere Frage, ob auch Sekundär -, also Schadensersatzansprüche ausgelöst werden. Das Schmerzensgeld des § 847 Abs. 1 BGB ist insoweit ein Schadensersatzanspruch. Er ist aber nur in den schon erwähnten eng begrenz-

ten Fällen vorgesehen, von einer Sonderform in § 847 Abs. 2 BGB einmal abgesehen, der hier aber keine Rolle spielt. Die Fortentwicklung durch die Zivilrechtsprechung war mehr als sachgerecht, weil der Unterlassungsanspruch häufig nicht oder zu kurz greift. Ein echtes "Drohpotenzial" kann nur durch Geldansprüche entwickelt und aufgebaut werden, zumal wenn die zu leistenden Geldbeträge hoch veranschlagt werden. Das war seinerzeit so noch nicht der Fall, allerdings darf man sich nicht darüber täuschen, dass die Nominalbeträge für eine andere und sehr viel stärkere Kaufkraft standen als dies heute der Fall wäre.

Die Zivilrechtsprechung hat in der Folgezeit bis heute noch vielfach Gelegenheit gehabt, zu den dargestellten Fragen Stellung zu nehmen. Die Rechtsprechungslinie ist beibehalten worden und wurde vom Bundesverfassungsgericht nach einer rund achtjährigen Rechtshängigkeit der Verfassungsbeschwerde bei ihm am 14. Februar 1973 bestätigt (Fall Soraya - erfundenes Interview mit der früheren Gemahlin von Schah Rezah Pahlewi). Das Bundesverfassungsgericht hat befunden, dass die Rechtsprechung der Zivilgerichte, bei schweren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Ersatz in Geld auch für immaterielle Schäden zuzuerkennen, mit dem Grundgesetz vereinbar sei (BVerfGE 34, 269).

b) Im Arbeitsrecht wurde von der Rechtsprechung jedenfalls Zukunftsweisendes geleistet. Zum einen ging es um die Gleichberechtigung von Mann und Frau, mit der sich auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vielfach beschäftigt hat (Urt. v. 5. Mai 1994, C-421/92, EuZW 1994, 375; Urt. v. 9. September 1999, C-281/97, EuGHE I 1999, 5127; Urt. v. 26. September 2000, C-322/98, EuZW 2000, 691; Urt. v. 28. März 2000, C-158/97, EuZW 2000, 474 zum Hessischen Gleichberechtigungsgesetz). Diese Rechtsprechung ist vor dem Hintergrund des schon erwähnten Art. 3 Abs. 2 GG nicht so bemerkenswert. Ich möchte vielmehr Ihren Blick auf einen anderen Grundrechtsbereich lenken, den der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit, die in der Bundesrepublik Deutschland durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützt sind. Diese geschützten Bereiche können im Arbeitsrecht Bedeutung erlangen, wenn etwa Drucker oder Setzer Arbeiten zugewiesen bekommen, die ihr Innerstes nachhaltig betreffen. Im Ausgangsfall des Bundesarbeitsgerichts, den es mit Urteil vom 20. Dezember 1984 entschieden hat (2 AZR 436/83, BAGE 47, 363), ging es darum, dass der Arbeitnehmer anerkannter Kriegsdienstverweigerer und aktives Mitglied einer antifaschistischen Vereinigung war. Er sollte als Drucker ein Krieg verherrlichendes Buch über den Zweiten Weltkrieg und das Dritte Reich drucken. Er weigerte sich und wurde entlassen. Der Arbeitnehmer obsiegte vor dem Bundesarbeitsgericht. Es hat entschieden, dass der Arbeitgeber bei verfas-

sungskonformer Auslegung des § 315 BGB (Bestimmung der Leistung durch eine Partei - hier den Arbeitgeber) dem Arbeitnehmer keine Arbeit zuweisen darf, die den Arbeitnehmer in einen vermeidbaren Gewissenskonflikt bringt. Inhalt und Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts (Direktionsrechts) des Arbeitgebers zur Konkretisierung der vertragsgemäßen Arbeitsleistung ergäben sich aus einer Abwägung der beiderseitigen Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, ob der Arbeitnehmer bei der Eingehung des Arbeitsverhältnisses mit einem Gewissenskonflikt habe rechnen müssen, dass der Arbeitgeber aus betrieblichen Erfordernissen auf dieser Arbeitsleistung bestehen müsse, ob dem Arbeitnehmer andere Arbeit zugewiesen werden könne und ob mit zahlreichen weiteren Gewissenskonflikten in der Zukunft zu rechnen sei.

In einem weiteren Rechtsstreit einer Kündigung durch den Arbeitgeber entschied das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 24. Mai 1989 (2 AZR 285/88, DB 1989, 2538), dass - unter Bestätigung dieser Rechtsprechung - maßgebend der so genannte subjektive Gewissensbegriff sei. Dieser setze voraus, dass der Arbeitnehmer darlege, ihm sei wegen einer aus einer spezifischen Sachlage folgenden Gewissensnot heraus nicht zuzumuten, die an sich vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Lasse

sich aus den festgestellten Tatsachen im konkreten Fall ein Gewissenskonflikt ableiten, so unterliege die Relevanz und Gewichtigkeit der Gewissensbildung keiner gerichtlichen Kontrolle. Verbiete eine nach § 315 Abs. 1 BGB im Rahmen des billigen Ermessens erhebliche Gewissensentscheidung dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer eine an sich geschuldete Arbeit zuzuweisen, so könne ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund gegeben sein, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wenn eine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer nicht bestehe. Dessen Gewissensentscheidung schränke die unternehmerische Freiheit, den Inhalt der Produktion zu bestimmen, nicht ein. Der Arbeitnehmer sei vielmehr nach § 297 BGB außer Stande, die geschuldete Leistung zu erbringen. Es ging in diesem Rechtsstreit darum, dass sich ein Arbeitnehmer aus Gewissensgründen geweigert hatte, an der Entwicklung eines Medikaments gegen Symptome atomarer Verstrahlung mitzuarbeiten.

2. Mit in diesen Zusammenhang gehört eine andere, gleichsam die entgegengesetzte Konstellation, dass das Bundesverfassungsgericht auf Verfassungsbeschwerde hin zivilgerichtliche Entscheidungen kontrolliert und mit seiner Entscheidung unter Umständen Impulse gibt für die Fortentwicklung des Zivilrechts.

Ausgangsentscheidung ist insoweit ein Erkenntnis des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Juni 1964 (1 BvR 37/63, BVerfGE 18, 85). Der Ausgangssachverhalt ist für die verfassungsrechtliche Problematik unseres Zusammenhangs an und für sich unerheblich; es ging um das vergebliche Bemühen eines "Erfinders", der mit seiner Patentanmeldung gescheitert war. Das Bundesverfassungsgericht befand auf die Verfassungsbeschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des Bundespatentgerichts, dass die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung von einfachem Recht (also unter der Verfassung stehendem Recht), vor allem von Generalklauseln, den grundgesetzlichen Wertmaßstäben Rechnung zu tragen hätten. Verfehle ein Gericht diese Maßstäbe, so verletze es als Träger öffentlicher Gewalt die außer Acht gelassenen Grundrechtsnormen. Andererseits würde es dem Sinn der Verfassungsbeschwerde und der besonderen Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts nicht gerecht werden, wollte dieses ähnlich einer Revisionsinstanz die unbeschränkte rechtliche Nachprüfung von gerichtlichen Entscheidungen um des Willen in Anspruch nehmen, weil eine unrichtige Entscheidung möglicherweise Grundrechte des unterlegenen Teils berühre. Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall seien allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bun-

desverfassungsgericht entzogen. Nur bei einer Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte könne das Bundesverfassungsgericht auf Verfassungsbeschwerde hin eingreifen. Spezifisches Verfassungsrecht sei aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft sei. Der Fehler müsse gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen (BVerfGE 18, 85 <92 f.>).

a) Vor diesem Hintergrund verdient eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bürgschaftsvertrag Beachtung. Es ging im Ausgangsrechtsstreit darum, inwieweit Zivilgerichte von Verfassungs wegen verpflichtet sind, Bürgschaftsverträge mit Banken einer Inhaltskontrolle zu unterziehen, soweit einkommens- und vermögenslose Angehörige von Kreditnehmern als Bürgen hohe Haftungsrisiken übernehmen. In dem einen Ausgangsrechtsstreit bürgte eine Tochter für eine Verpflichtung ihres Vaters gegenüber einer Bank in Höhe von 100.000,-- DM zuzüglich Nebenleistungen, obwohl sie überwiegend arbeitslos war und zur Zeit der Bürgschaftserklärung lediglich 1.150,-- DM monatlich netto verdiente. Im zweiten Ausgangsrechtsstreit verbürgte sich eine einkommen- und vermögenslose Ehefrau und Mutter von zwei Kindern aus dieser Ehe für das Darlehen ihres Ehemannes.

Im ersten Ausgangsrechtsstreit war die Revisionssumme erreicht und deshalb Anfechtungsgegenstand auch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes und damit des höchsten Gerichts in Deutschland in der Zivilgerichtsbarkeit. Der Bundesgerichtshof war in Bürgschaftsrechtsstreitigkeiten nicht zimperlich und so auch hier. Er hat erst später, aber noch vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts am 19. Oktober 1993, seine Rechtsprechung modifiziert (vgl. den Nachweis in BVerfGE 89, 214 <217>). Hier hat das Bundesverfassungsgericht die Zivilgerichte vor allem bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und § 242 BGB für verpflichtet erachtet, die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG zu beachten. Daraus ergebe sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasteten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke seien.

Der Vollständigkeit wegen möchte ich darauf hinweisen, dass das Bundesverfassungsgericht schon zuvor am 7. Februar 1990 (1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242) ähnlich entschieden hat. Es ging seinerzeit um das entschädigungslose Wettbewerbsverbot für einen Handelsvertreter, das in § 90a Abs. 2 Satz 2 HGB in der alten Fassung geregelt war. Aus Art. 12

Abs. 1 GG hat es abgeleitet, dass der Gesetzgeber im Zivilrecht Vorkehrungen zum Schutz der Berufsfreiheit gegen vertragliche Beschränkungen schaffen müsse, namentlich wenn es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehle. Vor diesem Hintergrund hat es den generellen Ausschluss einer Karenzentschädigung bei Wettbewerbsverboten für Handelsvertreter in den Fällen des § 90a Abs. 2 Satz 2 HGB jedenfalls bis zur Novellierung des Handelsvertreterrechts durch ein Gesetz im Jahre 1989 als mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar angesehen.

Neuerdings hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts auch eingegriffen, wenn in einem Ehevertrag eine Schwangere einseitig belastet wurde (1 BvR 12/92, Beschluss vom 6. Februar 2001, NJW 2001, 957).

b) Den Einfluss des Verfassungsrechts im Vertragsrecht spüren wir auch nachhaltig im Mietrecht. Dort stoßen in Zeiten von knappem Wohnraum zwei Parteien aufeinander, deren wirtschaftliche und tatsächliche "Machtposition" ganz gegensätzlich und von großen Unterschieden geprägt sind. Der Mieter ist sehr schwach und nicht nur hohen Mietforderungen ausgesetzt, sondern auch zahlreichen anderen Beschränkungen, was die Nutzung der Wohnung und ihrer Nebenräume betrifft. Andererseits ist es gesetzestechnisch nicht ohne Schwierigkeiten zu bewerkstelligen, ange-

messene Regeln zu entwickeln, die beiden Positionen gerecht wird. Das hat sich in Deutschland schon vor Jahrzehnten gezeigt, als es darum ging, den Mieter gegen ausufernde Mieterhöhungsverlangen zu schützen. Nicht wenige Gerichte haben die gesetzliche Neuregelung zum Anlass genommen, für den Vermieter praktisch nicht zu überwindende Hürden, ein Mieterhöhungsverlangen durchzusetzen, aufzurichten.

Die damals geltende Gesetzeslage beruhte auf dem Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 25. November 1971 (BGBl I S. 1839) - Wohnraumkündigungsschutzgesetz. Nach dessen Art. 1 § 1 Abs. 4 war die Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum zum Zwecke der Erhöhung des Mietzinses ausgeschlossen. Der Vermieter konnte jedoch nach Maßgabe des § 3 vom Mieter die Zustimmung zu einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen. Letzteres war für viele Gerichte merkwürdigerweise ein Ansatzpunkt, das gesetzgeberische Anliegen - angemessener Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen des Mieters und den berechtigten Interessen des Vermieters - zu unterlaufen. Im Ausgangsrechtsstreit waren sieben so genannte Vergleichswohnungen nach Größe, Lage, Ausstattung und Mietzins beschrieben. In anderen Rechtsstreitigkeiten wurden bis zu 25 und 30 Vergleichswohnungen verlangt. Andere Gerichte wiederum beanstandeten un-

zureichende Angaben und stellten insoweit inhaltlich weit überzogene Forderungen.

Schon in diesem Ausgangsrechtsstreit, der - eine Ironie des Schicksals - die Ruhrkohle AG als Vermieterin von 60.000 Wohnungen und damit sicher keinen sozial schwachen Vermieter, den es auch gibt, weil er auf die Mieteinnahmen zur Sicherung seines Lebensunterhalts angewiesen ist, betroffen hat, hat das Bundesverfassungsgericht im Einzelnen ausgeführt: Im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG muss der Gesetzgeber auch im Bereich des bürgerlichen Rechts - hier bei zwingenden Vorschriften des Mietrechts - der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums und dem Gebot sozialgerechter Nutzung gleichermaßen Rechnung tragen. Rechtsstaatliche Grundsätze gebieten, mietpreisrechtliche Vorschriften nach Inhalt und Voraussetzung so zu gestalten, dass Vermieter und Mieter in der Lage sind, in zumutbarer Weise die gesetzlich zulässige Miete zu ermitteln. Es widerspricht der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, wenn der Richter die verfahrensrechtlichen Vorschriften des Wohnraumkündigungsschutzgesetzes so handhabt, dass der Vermieter eine gesetzlich zulässige Mieterhöhung nicht mehr durchsetzen kann.

Wie breit inzwischen der Bereich des Mietrechts geworden ist, möchte ich Ihnen noch an weiteren Beispielen zeigen, um auch meine These zu stützen, dass die Mehrzahl einer Bevölkerung durch das Zivilrecht und den

Kontakt mit den Zivilgerichten Bekanntschaft macht, nicht aber mit anderen Rechtsbereichen. Die Sachverhaltsgestaltung des hier zu behandelnden Verfassungsbeschwerde-Verfahrens ist verhältnismäßig einfach: Es geht um die Errichtung einer Parabolantenne durch einen Mieter. Dieser war ausländischer Staatsbürger. Das Haus, in dem er eine Wohnung gemietet hatte, besaß eine Gemeinschaftsantenne, über die nur deutsche Fernsehprogramme empfangen werden konnten. Im Hinblick darauf bat er die Vermieterin, der Installation einer Satellitenempfangsanlage zuzustimmen, damit er heimatische Fernsehprogramme empfangen könne. Dieses Begehren hatte erst beim Bundesverfassungsgericht Erfolg. Es stellte fest, dass der Beschwerdeführer durch die ablehnende Haltung in seinem Grundrecht auf Informationsfreiheit verletzt sei (Beschluss vom 9. Februar 1994, BVerfGE 90, 27).

Das Bundesverfassungsgericht betreibt hier einen erstaunlich hohen Argumentationsaufwand. Möglicherweise hat es hier nicht alle Grundsätze, die BVerfGE 18, 85 (92) für die Kontrolle zivilgerichtlicher Entscheidungen aufgestellt hat, berücksichtigt. Jedenfalls reichen zur Stützung der stattgebenden Entscheidung die Erwägungen, dass es nicht mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG unvereinbar ist, bei der Abwägung zwischen Mieter- und Vermieterinteressen zu berücksichtigen, in welchem Umfang der Mieter Programme seines Heimatlandes bereits ohne Parabolantenne empfangen

kann. Das Grundrecht der Informationsfreiheit wird verkannt, wenn die Zivilgerichte bei der Abwägung den Eigentumsinteressen des Vermieters von vornherein den Vorrang vor den Informationsinteressen des Mieters einräumen, ohne anzugeben, welche Eigenschaften des Mietobjekts dieses Ergebnis rechtfertigen. Es geht also hier auch um eine Abwägung auf Grund einer Gesamtbetrachtung. Das ist durchaus üblich - nicht nur im Verfassungsrecht. Die mit der Verfassungsbeschwerde angefochtenen zivilgerichtlichen Entscheidungen litten daran, dass von vornherein einseitig die Interessen des Vermieters in den Vordergrund gerückt wurden.

Ebenfalls virulent im Mietrecht ist die Eigenbedarfskündigung. Hierzu muss man wissen, dass § 564b Abs. 2 Nr. 2 BGB das Kündigungsrecht des Vermieters von Wohnraum von einem berechtigten Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses (Eigenbedarf) abhängig gemacht hatte. Der Rechtsstreit spielte Anfang der 80er-Jahre. Heute gelten die §§ 568 ff. BGB. Das Bundesverfassungsgericht hat diese gesetzliche Bestimmung für mit Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar erklärt. Es hat allerdings auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten in einem der beiden Verfahren (BVerfGE 68, 361 <374 f.>) eine einseitige Benachteiligung der Belange des Vermieters durch die angefochtenen zivilgerichtlichen Urteile angenommen. Insoweit hatten die Zivilgerichte die Anforderungen an die Bejahung von Eigen-

bedarf verkannt. Auch hier sehen wir, dass es häufig dem Gesetzgeber nicht gelingt, sich bei den rechtsanwendenden Gerichten verständlich zu machen. Diese schießen gleichsam über das Ziel hinaus und lassen das rechte Augenmaß vermissen. Allerdings muss ich darauf hinweisen, dass die Eigenbedarfskündigung häufig missbraucht und Scheintatbestände geschaffen wurden. Bei Aufdeckung solcher Vorgehensweisen ist für den Mieter auch nachträglich ein Schadensersatzanspruch über § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gegeben. Wegen der Häufigkeit von Eigenbedarfskündigungen und hiermit im Zusammenhang stehender Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts möchte ich noch auf ein Urteil vom 14. Februar 1989 verweisen (1 BvR 308, 336, 356/88, BVerfGE 79, 292). Hiernach ist § 564b Abs. 2 Nr. 2 BGB im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG dahin auszulegen, dass die Entscheidung des Eigentümers über seinen Wohnbedarf grundsätzlich zu achten ist. Nach einem weiteren Beschluss vom 3. Oktober 1989 (1 BvR 558/89, BVerfGE 81, 29) überschreiten die Gerichte die durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gezogenen Grenzen, wenn sie bei der Anwendung des § 564b Abs. 2 Nr. 2 BGB den Eigentümer auf ein gewerblich genutztes Alternativobjekt verweisen. Die Diskussion in der Rechtsprechung und dementsprechend auch die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts reicht bis in die letzten Jahre. Zu nennen ist noch ein Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom

23. November 1993 (1 BvR 697/93, NJW 1994, 310). Dort wird noch einmal deutlich darauf hingewiesen, dass im Falle einer Eigenbedarfskündigung zwischen dem formellen Begründungserfordernis der Kündigung und deren materiellen Begründetheit zu unterscheiden ist. Insoweit dürfen zunächst formal nur solche Angaben des Vermieters gefordert werden, die in Zusammenhang mit dem konkreten Kündigungsgrund stehen. Es wurde weiter darauf hingewiesen, dass es grundsätzlich vernünftig und nachvollziehbar für eine Eigenbedarfskündigung ist, wenn der Vermieter in die eigene Wohnung ziehen möchte, zumal wenn die von ihm anderwärts entrichtete Wohnungsmiete die von ihm eingenommene um ein Vielfaches übersteigt. Wie schwer sich die Zivilgerichte trotz dieser langen Rechtsprechungsreihe mit diesem Bereich tun, wird noch an einer weiteren Entscheidung dieser Kammer vom 19. September 2001 (1 BvR 1351/00) deutlich. Es ging wiederum um eine Kündigung wegen behaupteten Eigenbedarf. Die Räumungsklage des Vermieters hatte keinen Erfolg, weil ihm die Zivilgerichte ein Vortäuschen des Eigenbedarfs vorwarfen. Die Kammer hat die Argumentation der Zivilgerichte "zerpflückt" und einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG bejaht.

c) Ich möchte meine Ausführungen zu diesem Komplex mit einem Hinweis auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Zusammen-

hang mit der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs abschließen. Die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus den 70er-Jahren findet sich in BVerfGE 39, 1 - damals hatte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts entschieden. Unter dem Stichwort "Kind als Schadensquelle" möchte ich Ihr Augenmerk auf die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Anerkennung der Unterhaltspflicht für ein unerwünschtes Kind als Schaden lenken. Eine instruktive Übersicht der Problematik des § 249 BGB findet sich bei Münchener Kommentar/Oetker, BGB, 4. Aufl., 2001, § 249 Rn. 28 ff. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Urteil vom 28. Mai 1993 (2 BvF 2/90 und 4, 5/92, BVerfGE 88, 203) in Leitsatz 14 festgehalten, dass eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle von Verfassung wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht kommt. Es verbietet sich deshalb, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.

Die Struktur des Bundesverfassungsgerichts als Zwillingsgericht und die Möglichkeit von Kollisionen zwischen beiden Senaten in ihrer Rechtsprechung wird an diesem Komplex deutlich. Je nach dem, ob es sich um eine Verfassungsbeschwerde oder einen Bund-Länder-Streit oder eine abstrakte Normenkontrolle handelt, ist die Zuständigkeit des Ersten oder des Zweiten Senats für die Entscheidung eröffnet. Vor diesem Hintergrund kam die

Problematik einer gesetzlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs vormals zum Ersten Senat und dann in dem näher beschriebenen Urteil zum Zweiten Senat. Gleichsam ein Ausschnitt der Problematik, nämlich das Kind als Schaden, war wiederum Gegenstand von Verfassungsbeschwerden, die zum Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts gelangten und von diesem äußerst kontrovers entschieden wurden, nämlich zu einem Abschnitt mit 6 zu 2 und zu einem anderen Abschnitt mit 5 zu 3 Stimmen, so nach denkbar knapp (Beschluss vom 12. November 1997 - 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375, hier S. 407).

Gerichtsintern stellte sich zunächst einmal die Frage, ob die in BVerfGE 88, 203 Leitsatz 14 ausgedrückte Auffassung, die nachfolgend auf Seite 295 f. näher ausgeführt ist, tragend oder ein so genanntes obiter dictum war. Es unterliegt nach dem herkömmlichen juristischen Auslegungsinstrumentarium keinerlei Zweifel, dass die eingehende Auseinandersetzung des Bundesverfassungsgerichts mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und damit des höchsten Gerichts der Zivilgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland tragend und kein obiter dictum war. Andernfalls hätte es einer Auseinandersetzung dieser Intensität mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht bedurft (an Belegstellen in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf S. 296 sind zu nennen BGHZ 58, 48, 49 ff.; 76, 249 ff.; 76, 259 ff.; BGHZ 86, 240 ff.; 89, 95 ff.; 95,

199 ff.; BGH NJW 1984, 2625 f.; NJW 1985, 671 ff.; VersR 1985, 1068 ff.; VersR 1986, 869 f.; VersR 1988, 155 f.; BGH NJW 1989, 1538; NJW 1992, 1556). Das hat den Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts allerdings nicht gehindert, ohne Anrufung des Plenums, die in Fällen divergierender Rechtsprechung zwingend geboten ist, zu befinden, dass die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation und fehlerhafter genetischer Beratung vor Zeugung eines Kindes nicht gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstoße (BVerfGE 96, 375).

IV. Verfassungsrechtliche Aspekte der - nicht nur verfassungsrechtlich bedingten - Reform des Zivilrechts durch richterliche Rechtsfortbildung

1. Das Problem der richterlichen Rechtsfortbildung des Zivilrechts hat zunächst keine verfassungsrechtliche Dimension. Vieles, was als richterliche Rechtsfortbildung erscheint, ist vom Gesetzgeber insofern angelegt, als er seine Vorgaben nicht eng, sondern weit knüpft. So besagt schon der erwähnte § 305 BGB, dass man Schuldverträge beliebigen Inhalts schließen kann. Mit der Regelung eines sonstigen Rechts im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist dem Zivilrichter ein Instrument an die Hand gegeben, auf Grund der Erfordernisse des Gerichtsalltags diese Norm anhand der gesetzgeberischen Absichten über die Regelung der unerlaubten Handlungen auszu-

füllen. Die Generalklauseln der §§ 138, 242 und 826 BGB waren geradezu die Einfallstore für Erfindungsreichtum der Juristen und damit auch der Zivilgerichte. Darauf hat Hermann Lange in seinem überaus eindrucksvollen Vortrag "100 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch", Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Band 244, 2001, S. 57 ff. ausführlich hingewiesen. Große Bereiche der Rechtsanwendung, die unter § 242 BGB fallen, sind etwa Fehlen und Fortfall der Geschäftsgrundlage, Rechtsmissbrauch, Verbot des venire contra factum proprium. § 826 BGB ist die zentrale Norm im Wirtschaftskampf und auch der Hebel etwa zur Überwindung der Rechtskraft zur Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit, so z.B. wenn es um die Vollstreckung aus einem erschlichenen rechtskräftigen gerichtlichen Titel geht. § 138 BGB wiederum begrenzt die Vertragsfreiheit bei groben Verletzungen des Äquivalenzprinzips. Allerdings möchte ich nicht verhehlen, dass manche Eingriffe des Gesetzgebers und vielerlei gesetzliche Regelungen dann entbehrlich gewesen wären, wenn die Zivilrechtsprechung die Schwelle dessen, was gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 BGB verstößt, nicht zu hoch angesetzt hätten. Sie haben übersehen, dass der nicht nur im klassischen römischen Recht, sondern auch im deutschen Alltag allgemein bekannte und vormals beherzigte Grundsatz, "so etwas tut man nicht", eine ungeheure regulative Kraft für das menschliche soziale Zusammenleben hatte. Im Hinblick darauf war in Beachtung dessen ein

Einschreiten des Gesetzgebers mit einem engen Regelungsgeflecht entbehrlich.

Zu nennen sind in diesem Zusammenhang noch etwa culpa in contrahendo, Leasing, Factoring und Franchise, die ursprünglich alle mit Analogien durch Rechtsfortbildung bewältigt wurden. Hierzu rechnen auch Treuhandverhältnisse, Vertrauenshaftung etwa auf Grund von Anscheins- und Duldungsvollmacht, letztlich aber auch im Widerspruch zu § 313 BGB zum Schutz des lange tätigen "Hoferben".

2. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist zunächst die geschilderte richterliche Rechtsfortbildung zum Bürgerlichen Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland verfassungsrechtlich unerheblich. Die Entwicklung eines der genannten Rechtsinstitute, etwa Wegfall der Geschäftsgrundlage, venire contra proprium factum, berührt keinen Grundrechtsbereich, wie dies etwa beim Mietrecht oder beim Schwangerschaftsabbruch und dem Kind als Schaden unmittelbar der Fall war. Allerdings hatten wir eine gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, nicht aber der Schadensersatzpflicht beim "unerwünschten Kind". Letzteres fiel im Grunde genommen auch unter richterliche Rechtsfortbildung. Somit ist das Spannungsverhältnis von materieller Gerechtigkeit einerseits, Gewaltenteilung zwischen Gesetzgeber und rechtsprechender Gewalt sowie Rechtsklarheit,

Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit staatlicher Entscheidungen (dazu gehören auch Gerichtsurteile) andererseits angesprochen. Das Bundesverfassungsgericht hat in BVerfGE 37, 132 (142), der Entscheidung, die ich zum Mietrecht schon behandelt habe, Stellung genommen. Es hat dort zu unbestimmten Gesetzesbegriffen näher ausgeführt, dass die grundsätzliche Zulässigkeit solcher unbestimmter Gesetzesbegriffe den Gesetzgeber nicht davon entbindet, die gesetzliche Vorschrift in ihrem Inhalt und in ihren Voraussetzungen so zu formulieren, dass die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können. Die Rechtsunterworfenen müssen auch in zumutbarer Weise feststellen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen. Schlechtriem, Grundgesetz und Vertragsordnung, in 40 Jahre Grundgesetz, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlung, Band 50, Heidelberg 1990, hat die Problemlage zutreffend dahin gekennzeichnet, dass ein Vollzugsdefizit des Gesetzgebers bei der Normierung und Reformierung (dort des Schuldvertragsrechts) nur dort festzustellen ist, wo die gesetzliche Regelung und ihre Aufarbeitung durch Wissenschaft und Praxis dazu geführt haben, dass die Rechtslage völlig unklar und Entscheidungen unberechenbar geworden sind. Dem ist nichts hinzuzufügen.

3. Abschließend stellt sich für uns auf Grund der aufgezeigten Entwicklungslinien des Zivilrechts in der Bundesrepublik Deutschland seit Inkrafttreten des Grundgesetzes eine "heikle" Frage: Sind die Grundrechte im Zivilrecht zu stark betont und ist das so genannte einfache Recht systemwidrig in das Verfassungsrecht hochgezogen worden? Auf diesen Aspekt hat schon Hesse in seinem Vortrag "Verfassungsrecht und Privatrecht", bei der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Band 182, Heidelberg 1988, aufmerksam gemacht (Seite 22 ff.; siehe auch Schlechtriem <a.a.O., S. 39 ff.>; Diederichsen, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, Jura 1997, 57 ff.). Eine Fehlentwicklung bedeutet insofern eine Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Mai 1993 (1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1). Hiernach ist das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Diese Auffassung ist dogmatisch unhaltbar, weil es schon logisch nicht möglich ist, innerhalb des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG das zweifelsohne bestehende zivilrechtliche Eigentum des Eigentümers, das zugleich grundrechtlich geschütztes Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist, in irgendeiner Weise qualitativ und der Rangfolge entsprechend mit dem Besitzrecht des Mieters als ebenfalls an dem Grundrechtsschutz Teilhabenden in Einklang zu bringen, wenn deren Interessen widerstreiten. Es hätte dieser Konstruktion ohnehin nicht bedurft, um die Bedeu-

tung der Wohnung für die Menschen und deren persönliches Umfeld und Lebensmittelpunkt angemessen zu schützen. Art. 2 Abs. 1 GG hätte insoweit völlig ausgereicht.